
Las opciones jurídicas al alcance del Ayuntamiento de Madrid para mitigar las molestias a vecinos y residentes derivadas del ejercicio de la prostitución

*Ayuntamiento de Madrid*¹

Por parte de Ud. se ha solicitado informe jurídico relativo a las posibilidades al alcance del Ayuntamiento de Madrid con vistas a mitigar la problemática suscitada por el ejercicio de la prostitución en locales y viviendas de la capital.

Antecedentes

Los antecedentes a examinar en la consulta se resumen, muy sucintamente, en dos apartados:

PRIMERO.— En el Municipio de Madrid existen diversos hostales en los que, según se ha podido comprobar, se ejerce la prostitución. Se desea saber si en la normativa aplicable a la actividad turística existe algún tipo de restricción al ejercicio de dicha actividad.

SEGUNDO.— Asimismo, se plantea en la práctica un problema de convivencia vecinal como consecuencia de la dedicación de viviendas sitas en edificios sujetos a regímenes de propiedad horizontal al ejercicio de la prostitución. Al respecto, la experiencia muestra —según se nos dice— dos diferentes supuestos-tipo: el de la vivienda en que se cede el uso de habitaciones a cambio de precio para el ejercicio de la prostitución por personas distintas a quienes tienen legalmente el derecho a disfrutar de la vivienda, y, por otro lado, el del ejercicio del denominado *oficio más antiguo del mundo* por parte del propietario o arrendatario de la vivienda de que se trate.

Con vistas al análisis de las consecuencias jurídicas de posible aplicación, conviene adentrarse en el tratamiento de la prostitución en el Derecho español, singularmente

1. El autor de este informe es Tomás Navalpotro Ballesteros, Consejero Técnico de la Coordinación General de Seguridad, Área de Gobierno de Seguridad y Movilidad, Ayuntamiento de Madrid.

en el Derecho Administrativo, para luego descender a la consideración en particular de los supuestos de hecho anunciados.

Cuestiones jurídicas

I

En el Derecho español moderno, el abordaje del fenómeno de la prostitución ha ido a rebufo de la legislación penal. En el momento actual, puede decirse que el ejercicio de la prostitución no constituye en sí un fenómeno delictivo. Así, el Capítulo V del Título VIII del Código Penal, bajo la rúbrica «De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores», tipifica lo que se ha venido a denominar *conductas periféricas* al ejercicio de la prostitución, protagonizadas por personas que influyen en diversas circunstancias y con distintas condiciones a su ejercicio por terceros.

Básicamente, resulta así la punición de tres tipos de conductas: la del que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o de un incapaz (art. 187); la del que determine, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, y la del que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de ésta (art. 188).

Fuera de estos casos, la doctrina y la jurisprudencia suelen afirmar que se trata de una actividad tolerada, en cuanto que exenta de regulación, sobre la base del principio de que lo que la Ley no prohíba expresamente, se entiende permitido. Sin embargo, como habremos de ver a continuación, la realidad es más compleja de lo que aparenta.

II

En torno al fenómeno de la prostitución, se pueden diferenciar varias perspectivas, cuyo tratamiento no corresponde a una sola esfera administrativa de poder, a tenor del complejo sistema institucional derivado de la Constitución Española de 1978.

En efecto, junto a la regulación penal, a que se ha hecho referencia y cuya determinación corresponde al Estado (art. 149.1.6.^a CE), el comercio sexual ha de enfocarse desde la perspectiva laboral y desde la administrativa. El primero de estos aspectos corresponde igualmente desde el punto de vista de su regulación al escalafón estatal (art. 149.1.7.^a CE), y no deja de ser cierto que el trabajo de las meretrices no se ha contemplado hasta el momento como una relación laboral ni han sido objeto de regulación las diversas implicaciones que tal consideración conllevaría. En este punto, debe destacarse la diferenciación entre las camareras de alterne, cuya función consiste en captar clientes para incitarles a consumir en un determinado local o establecimiento, relación que fue calificada como laboral sobre la base de cierta atenuación del re-

quisito de dependencia y de la flexibilidad de los deberes relativos al horario y asistencia a raíz de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 1981 y 25 de febrero de 1984, y el ejercicio de la prostitución, sobre cuya licitud como eventual objeto de un contrato de trabajo se discute todavía en relación con el riesgo que el ejercicio de las facultades de dirección empresarial supondría para el mantenimiento de la dignidad y del derecho fundamental a la libertad (en su vertiente sexual) de la trabajadora (o el trabajador) prostituido —al respecto, véase el voto particular de ciertos Magistrados de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, en la Sentencia de 4 de diciembre de 2003—.

Sin embargo, es lo cierto que la falta de regulación del fenómeno de la prostitución en la legislación laboral genera una situación de gran confusión, toda vez que, en principio, las dudas que existan en torno a la admisión del ejercicio del «trabajo sexual» como materia lícita del contrato de trabajo no se tendrían por qué extender necesariamente a su ejercicio a título particular o por cuenta propia. Con respecto a esta última faceta del ejercicio de la prostitución, existen dos sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, ante diferentes supuestos de hecho, han reconocido en ciertas condiciones el carácter de actividad económica de dicha actividad cuando sea desarrollada fuera del marco de la dependencia empresarial.

Esos dos precedentes están constituidos por las Sentencias de 18 de mayo de 1981, C-115 y 116/81, asunto Adoni, y de 20 de noviembre de 2001, C-268/99, asunto Jany. En la primera, el Tribunal declaró contraria al Derecho Comunitario la denegación por Bélgica del permiso de residencia a una ciudadana comunitaria en atención a la falta de prohibición del ejercicio de la prostitución en la legislación de aquel Estado, pues *«no cabe considerar que un comportamiento sea lo suficientemente grave como para justificar la imposición de restricciones a la entrada o a la residencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de otro Estado miembro, en el supuesto de que el primer Estado, cuando el mismo comportamiento provenga de sus propios nacionales, no adopte medidas represivas u otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir este comportamiento»*.

En el asunto Jany, por su parte, el Tribunal comunitario revisó la denegación del permiso de residencia a unas ciudadanas polacas y checas, sobre el pretexto, argüido por las autoridades holandesas, de que *«la prostitución es una actividad prohibida o, al menos, no se trata de una forma de trabajo socialmente aceptada y no puede considerarse ni un trabajo regular ni una profesión liberal»*. El Tribunal comunitario, por el contrario, consideró la prostitución una actividad económica, declarando aplicable a la misma la libertad de establecimiento en las condiciones en que había sido reconocida a las nacionales de los Estados de las demandantes en los respectivos Acuerdos de Asociación con la Unión Europea vigentes en el momento de autos.

Si bien la doctrina se halla dividida a la hora de determinar si de estas sentencias ha de deducirse una admisión generalizada del ejercicio de la prostitución en el ámbito comunitario o si, por el contrario, su interpretación ha de circunscribirse a los específicos supuestos de hecho que les sirvieron de base, es lo cierto que en ellos ha aflorado

la consideración de la prostitución como una actividad económica a la que resultan eventualmente extensibles las libertades comunitarias, y que en el discernimiento de los límites que el Derecho nacional pueda establecer legítimamente a su ejercicio por nacionales de otros Estados miembros (orden público, seguridad pública o salud pública), no se admitirá el establecer excepciones sobre su base cuando el ejercicio de la prostitución esté permitido, de hecho o de Derecho, en el Estado de que se trate.

III

Examinado someramente el tratamiento de la prostitución desde el punto de vista penal y laboral, y dejando a un lado sus posibles implicaciones fiscales que, como ha indicado la doctrina (TOLIVAR ALAS, Leopoldo, «Notas sobre la reglamentación, prohibición y tolerancia administrativa de la prostitución», *REDA*, núm. 63, julio/septiembre 1989), implican sustraer al régimen tributario de general aplicación ingentes cantidades de dinero, queda por examinar si la prostitución es un hecho permitido, prohibido o en cualquier caso regulado en nuestra normativa administrativa. Al respecto, cabe decir que, si bien suele atenderse de modo preferente a su tratamiento penal o laboral a efectos de examinarla, la perspectiva administrativa implica puntos de vista suficientes como para justificar un tratamiento regulador de la actividad de la prostitución y de sus efectos desde tal óptica, ya se haga en términos de prohibición, restricción o abierta admisión, como más adelante habremos de ver.

En efecto, de los diversos precedentes de regulación administrativa del funcionamiento de casas de mancebía en nuestro Derecho, centremos la atención, por su cercanía, en el Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956, desarrollado parcialmente por una Orden Ministerial de 23 de abril siguiente, cuya denominación, «*sobre abolición de centros de tolerancia y otras medidas relativas a la prostitución*», es suficientemente indicativa de la finalidad que presidió su dictado, tendente a la prohibición de la existencia de locales en que se desarrollase el arraigado oficio. A tal efecto, se ponía en manos de los Ayuntamientos la potestad de clausura y desalojo inmediato de aquellas casas de mancebía que se mantuviesen en funcionamiento a los noventa días de la entrada en vigor de la norma reglamentaria.

En torno a la norma citada se constituye una verdadera anomalía jurídica, pues, no habiendo sido objeto de expresa derogación ni pudiéndose inferir claramente su tácita exclusión por la normativa posterior más allá de la inaplicación parcial de las medidas restrictivas de derechos individuales atribuidas a la Administración (sobre este particular, TOLÍVAR ALAS, cit., pp. 382-384, y VERA FERNÁNDEZ-SANZ, Alberto, «Ejercicio de la prostitución y licencias municipales. Usos económico-mercantil, comercial y urbanístico de locales abiertos al público», *Actualidad Administrativa*, núm. 18, octubre de 2006, pp. 2181 y 2182), poco más que el desajuste de algunos de sus principios informadores al Ordenamiento Constitucional vigente, en particular su asentamiento en la teología moral, el Derecho natural cristiano y la moral social pero no así

su explícita defensa de la dignidad de la mujer, puede alegarse para justificar una derogación que, jurídicamente, no puede fundamentarse en el desuso.

El caso es que, como, de una u otra forma, el Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956 parece llamado a descansar en el baúl de los recuerdos, conviene descender al tratamiento de la prostitución en el Derecho Administrativo actual.

IV

Hemos tenido oportunidad de anticipar que, en torno a la prostitución, existen variadas razones para afirmar que una de las perspectivas desde la que debe abordarse dicho fenómeno es la administrativa. Mencionemos a vuelapluma la trascendencia urbanística de su ejercicio, pues supone al fin y al cabo una modalidad de uso del suelo; su afección a los derechos de los menores, que parece han de ser protegidos de ciertas manifestaciones externas de la prostitución y de su propio disfrute al menos hasta cierta edad, o las consecuencias de su ejercicio sobre la normalidad de la convivencia ciudadana o en el deterioro estético que las condiciones externas del local pueda suponer para la ciudad, entre otros aspectos.

Teniendo en cuenta éstas y otras consideraciones, se han dictado dos normas distintas, desde la perspectiva autonómica y local, respectivamente, que, hasta el momento, no han suscitado problemas de legalidad desde el punto de vista de la competencia para dictarlas ni de la legalidad de su regulación sustantiva.

En el nivel autonómico, merece ser objeto de atención el Decreto 217/2002, de 1 de agosto, de la Generalidad de Cataluña, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución. La norma, dictada al amparo de la competencia de la Comunidad Autónoma catalana en materia de espectáculos públicos, afecta tanto a las condiciones y controles higiénico-sanitarios de los locales en que se ejerce dicho «oficio», como al orden público en su entorno exterior.

Su regulación, aplicable a la prestación de servicios de naturaleza sexual ejercida de manera libre e independiente por el prestador o la prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica y bajo su propia responsabilidad (art. 2), como aspectos más destacados protege intereses eventualmente afectados por su ejercicio fijando las mínimas condiciones de los reservados anexos, establece restricciones a su ubicación en la proximidad de centros docentes o locales de ocio a que acudan menores de edad, prohíbe el acceso de menores de edad a los locales de prostitución obligando asimismo a dar publicidad a dicha interdicción mediante un letrero informativo, obliga al titular a controlar el acceso al local de menores, a instaurar servicios de vigilancia, a garantizar el cumplimiento de medidas de control sanitario de tipo preventivo o asistencial, limita su horario de funcionamiento y condiciona la obtención de licencia de funcionamiento a la previa suscripción de un seguro de responsabilidad civil. La efectividad del sistema se asegura mediante la exigencia de licencia municipal específica para el ejercicio de la actividad —sin perjuicio del resto de

licencias que sean necesarias—, la previsión de su inspección y de un régimen sancionador.

El Decreto 217/2002 fue desarrollado por la Orden del Departamento de Presidencia de la Generalidad de Cataluña 335/2003, de 14 de julio, por la que se aprueba la Ordenanza Municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, que tiene por objeto servir de desarrollo del Decreto en aquellos Municipios que no procedan al dictado de la correspondiente Ordenanza Municipal. Su legalidad desde el punto de vista del respeto a la potestad normativa de las Entidades Locales ha sido corroborada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Junto a este modelo de regulación autonómico, aplaudido sin remilgos por el órgano judicial superior en la Comunidad Autónoma, coexiste en nuestra nación una experiencia de regulación municipal, manifestada en la Ordenanza Municipal de Bilbao sobre establecimientos dedicados a la prostitución, aprobada por Acuerdo del Pleno de 12 de mayo de 1999, y modificada por otro posterior de 26 de junio de 2002. El contenido de la Ordenanza —de miras más cortas que la experiencia catalana debido a la inexistencia de una norma de la Comunidad Autónoma que facultara una regulación más extensa desde el punto de vista de la competencia sobre espectáculos públicos— se proyecta principalmente sobre el ámbito urbanístico, desde el limitado punto de vista de fijar las distancias mínimas que deben guardarse entre los locales o establecimientos abiertos al público en los que se ejerza habitualmente la prostitución (art. 1) y de requerir ciertas condiciones sanitarias de las habitaciones, piscinas y bañeras de hidromasaje destinadas a la actividad que constituye su objeto.

Desde el punto de vista de las distancias mínimas, actualmente se prohíbe la instalación de locales de prostitución en una distancia mínima de 500 metros —medidos en sistema radial— con respecto a otro local (en la primera versión de la Ordenanza, la distancia mínima era de 200 metros). Tal disposición se relaciona directamente con la génesis de la Ordenanza, que surgió a raíz de las protestas vecinales por las molestias generadas por la acumulación de locales de alterne en una calle de la capital vizcaína (sobre dicho particular, *vid.* ARZUA ARRUGAETA, Agustín, «La Ordenanza del Municipio de Bilbao sobre establecimientos dedicados a la prostitución», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 56, enero-abril de 2000, p. 335).

En cuanto a las condiciones de los locales, se refiere tanto a las requisitos de las estancias (altura y superficie mínima, ventilación, exigencia de que el mobiliario facilite la limpieza y desinfección, existencia de un aseo, etc.) como a las de las piscinas y bañeras de hidromasaje, orientadas estas últimas a su desinfección permanente.

El sistema de la Ordenanza se completa con disposiciones transitorias destinadas a los locales que ejercieran la actividad con anterioridad y con la determinación de cláusulas de preferencia entre varias solicitudes, orientadas al traslado de aquellas actividades que incumplan el tope de distancia mínima a otros locales dedicados al mismo ramo.

Reténgase, para finalizar con la mención a las experiencias catalana o bilbaína, que, en ambos casos, la licencia para el ejercicio de la prostitución es compatible con otras que sean exigibles en función de las características y actividad del local y que, de diversa forma, han restringido su aplicación a los establecimientos públicos, excluyendo en principio de su regulación el ejercicio de la prostitución en viviendas.

V

Examinado lo anterior, podemos adentrarnos en el análisis de las posibilidades a disposición del Ayuntamiento de Madrid a la hora de procurar el control del ejercicio del ejercicio de la prostitución. Al respecto, se hace necesario distinguir el supuesto de su ejercicio en locales o establecimientos públicos del relativo a su desarrollo en viviendas sujetas a régimen de propiedad horizontal, comenzando por el análisis del primer aspecto.

Déjese constancia de que en la Comunidad de Madrid falta una regulación autonómica, al estilo de la catalana, dictada sobre la base de la competencia autonómica en materia de espectáculos públicos, en que se aborde desde dicha perspectiva el fenómeno de la prostitución, regulando la licencia correspondiente. Ahora bien, en la interpretación del Decreto 217/2002, de 1 de agosto, de la Generalidad catalana, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha sentado una doctrina abierta y progresiva en lo referente a su ámbito de aplicación, particularmente al plantearse la exigibilidad de licencias a aquellas actividades anteriores a su entrada en vigor. Y, al plantearse tal cuestión la citada Sala, entre otros supuestos, en las Sentencias 658/2003, de 9 de septiembre, y 246/2005, de 31 de marzo, ha defendido el posible control de la actividad de prostitución mediante su sujeción a licencia sobre la base del *numerus apertus* de las actividades a que se aplicó en su momento el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, y, en la actualidad, la Ley catalana 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental, aplicable a cualquier actividad –incluso no recogida expresamente en su Anexo– con incidencia ambiental, y la Ley 10/1990, de 15 de julio, de Policía de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos, aplicable igualmente a cualesquiera actividades recreativas de pública concurrencia, aun no recogidas nominativamente en su Catálogo.

Por su interés, reproduzcamos íntegramente los pronunciamientos del Tribunal, tomados de la citada Sentencia 658/2003:

«QUINTO.— Llegados a este punto no cabe sino señalar que, efectivamente, como expone la apelante, en el campo de intervención y control administrativo sobre las actividades en el que nos encontramos (recordemos de nuevo que no estamos ante un expediente de revocación de licencia por incumplimiento de las condiciones de otorgamiento), no se

podrá ordenar el cese de una actividad por carente de licencia si esa actividad no está previamente sujeta a licencia. De ahí el razonamiento de la parte actora: como la prostitución, según dice, no estaba contemplada ni en el RAM (RCL 1961, 1736, 1923 y RCL 1962, 418), ni en el ROAS (LCAT 1995, 341, 613), ni en la Llei 3198 (RCL 1998, 936 y LCAT 1998, 151), no se le podía exigir licencia de actividad hasta, en Cataluña, la entrada en vigor del Decret 217/2002 (LCAT 2002, 596), que por primera vez la regula desde el punto de vista de la actividad administrativa de intervención mediante licencia o centro previo.

No pueden aceptarse estas consideraciones por las razones que se dirán más adelante, siendo preciso puntualizar, de forma previa, que en este proceso no cabe referirse a la prostitución en general, ni a todo tipo de actividad con ella relacionada, sino exclusivamente a la concreta forma de ejercicio de la prostitución que se venía desarrollando en el sótano del local del n.º... de la c/... en las fechas de las resoluciones impugnadas, de la que da cumplida cuenta el expediente administrativo, recoge la sentencia de instancia en su fundamento jurídico sexto y, finalmente, reconoce y acepta expresamente la parte actora y apelante.

Sentando lo anterior, decíamos que no pueden aceptarse sus alegaciones de falta de regulación y por tanto de no necesidad de licencia y ello por las siguientes razones:

1º) la hipocresía social y política que ha acompañado siempre al ejercicio de la prostitución (dejando a un lado al derecho penal en su específica esfera), ha conllevado que se ignorara jurídicamente su existencia o bien se la nombrara a través de eufemismos, por lo que difícilmente en la normativa hasta ahora dictada podían encontrarse los concretos términos «prostitución» o «prestación sexual mediante precio», en locales de pública concurrencia, como una de las actividades a intervenir y regular por la Administración.

*2º) la no designación o referencia específica no obsta a la consideración de controlable de la actividad de que se trate, pues tanto el RAM aprobado por Decreto 2414/1961, como el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las entidades locales de Cataluña, aprobado por Decret 179/95, como la Llei 3/98 de Intervención integral de la Administración Ambiental, así como su Reglamento aprobado por Decret 136/99, no contienen un *numerus clausus* de las actividades a que se refieren, ni sólo alcanzan a las que expresamente puedan nombrarse en sus anexos, sino que se trata de normativa dirigida a todo tipo de actividad cuyo ejercicio y sus instalaciones ofrezcan riesgo potencial de incidir negativamente sobre el entorno y, como consecuencia, de afectar la tranquilidad, la salud o la seguridad de las personas o de los bienes. Así se desprende claramente de los artículos 1 y 2 del RAM, 71 y 81.2 del ROAS, y artículos 1 y 2.a) de la Llei 3/98, así como del anexo 11.2.15 de esta última que contiene una cláusula residual para cualquier otra actividad con incidencia ambiental, cláusula idéntica a la del anexo 11.12.34 de su Decret 136/99 (LCAT 1999, 300 y LCAT 2000, 165). Por otro lado, la prostitución ejercida en el sótano de la c/, en un establecimiento destinado al público, de pública concurrencia, se encuadraba perfectamente también bajo el ámbito de la Llei*

10/90, que tampoco regula sólo las concretas actividades recogidas en el catálogo de su anexo, sino cualesquiera otras actividades recreativas de pública concurrencia, con el fin de velar por la seguridad de los ocupantes e higiene de los locales, por evitar molestias a terceros o preservar el orden público.

En suma, el Decret 217/2002 (LCAT 2002, 596) ha sido en Cataluña la primera norma que desde el punto de vista de intervención administrativa en las actividades, ha dicho expresamente que determinada prostitución —la desarrollada en locales de pública concurrencia o en reservados anexos— precisa licencia municipal específica (art. 15) y que los locales están sometidos a la Llei 10/90 (RCL 1990, 1412 y LCAT 1990, 230) (art. 3.2), pero tal falta de declaración específica hasta entonces no implicaba en modo alguno que dicha forma de prostitución no precisase con anterioridad licencia de actividad, tal como ya hemos indicado, por razón de su incidencia sobre los bienes jurídicos que hemos precisado (piénsese, a modo de ejemplo, que un hostel o pensión de menos de cincuenta camas precisa, por lo menos, de la autorización que se obtiene con el régimen de comunicación, siendo que su incidencia sobre el entorno —concurrencia de personas en la entrada y alrededores en horas nocturnas y en general molestias para el descanso y tranquilidad mínimas a que tienen derecho los vecinos— bien parece que será mucho menor que la de una actividad como la constatada en la c/...).

En resumen, la actividad de prostitución desarrollada en el sótano de la c/Bailén, 22 (con incidencia en la planta baja y en la propia calle, a la vista de las múltiples denuncias), precisaba de específica licencia municipal de actividad en la época de los actos impugnados y, al no tenerla, el Ayuntamiento estaba perfectamente legitimado para ordenar su cese. Desde luego este Tribunal no puede analizar en esta sentencia —pues no es su objeto— si dicha autorización municipal debía ser una licencia municipal del anexo 11.2 de la Llei 3/98 o era suficiente con el régimen de comunicación previsto en el artículo 41 de la misma pero, en cualquier caso, si este artículo, en su apartado 5, permite la clausura de la actividad que no cumpla tal régimen mínimo, con mayor razón en los casos que, por las circunstancias de la instalación, se precisare licencia ambiental».

¿Es asimilable esta situación legislativa, referida a la Comunidad Autónoma de Cataluña, al resto de Comunidades Autónomas? De darse una respuesta positiva, se afirmaría la posibilidad de controlar la actividad de la prostitución en locales o establecimientos públicos sobre la base de la aplicación de la legislación sectorial, particularmente de las relativas a los espectáculos públicos y actividades recreativas y al control ambiental de actividades.

En la doctrina, interpretando precisamente la precitada Sentencia 246/2005, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se ha abogado por una generalizada extensión de sus criterios a aquellas Comunidades Autónomas que, careciendo de regulación específica de la actividad consistente en la prostitución, contengan una clasificación de actividades que no esté dotada de carácter exhaustivo (al respecto, VERA FERNÁNDEZ-SANZ, Alberto, cit., p. 2.187).

Descendiendo a la situación legislativa en la Comunidad de Madrid, la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, en su Exposición de Motivos, anticipa la pretensión del legislador de conseguir su global aplicación a «*todos los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos en las que se celebren, que se desarrollen o se sitúen en la Comunidad de Madrid, estableciendo una regulación genérica para todos ellos*», añadiendo que «*la variedad de las situaciones que quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley determina que la misma no tenga ni pueda tener carácter exhaustivo*». Para mayor precisión, su artículo 1 establece la aplicación de la Ley a «*los espectáculos públicos y actividades recreativas que se desarrollen en el territorio de la Comunidad de Madrid, tengan o no finalidad lucrativa, se realicen de forma habitual o esporádica y con independencia de que sus titulares u organizadores sean entidades públicas, o personas físicas o jurídicas privadas*», precisando que se entenderá por actividades recreativas aquellas dirigidas al público en general cuyo fin sea el esparcimiento, ocio, recreo y diversión del mismo.

Pero es el artículo 4 el que establece de un modo expreso el carácter de *numerus apertus* de los espectáculos públicos y actividades recreativas incluidas en el Anexo de Ley, al señalar que «*El Catálogo que figura como Anexo de la presente ley recoge, sin carácter exhaustivo, los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos regulados en la presente ley. Este Catálogo podrá ser modificado y desarrollado por Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid*».

La amplitud en la aplicación de la Ley se refleja también en el artículo 1.2, al mencionar su aplicabilidad a «*los establecimientos y locales en que tengan lugar los espectáculos públicos y actividades recreativas, así como a los establecimientos enumerados en su Anexo y a cualesquiera otras de naturaleza análoga*».

En particular, el Anexo II de la Ley 17/1997, que establece el Catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas, establecimientos, locales e instalaciones a que dicha disposición resulta aplicable, en su redacción originaria, apartado III. 3, al enumerar los *locales e instalaciones de hostelería*, tras la referencia a las *bares especiales* (whiskerías, clubs, bares americanos, pubs, discobares, karaokes y similares), establece la aplicación de la Ley a «*otros locales o instalaciones asimilables a los mencionados*».

El desarrollo de la Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Madrid, en la materia que tratamos, se ha llevado a cabo por el Decreto 184/1998, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas, Establecimientos, Locales e Instalaciones, contenido en particular en su Anexo I. Pues bien, el artículo 2.2. de la referida norma reglamentaria incide en el carácter de *numerus apertus* de los espectáculos y actividades recogidos, al disponer que «*la enumeración contenida en el Anexo I no tiene carácter exhaustivo*».

La trascendencia de considerar el ejercicio de la prostitución en locales públicos como actividad sujeta a la legislación de espectáculos públicos y actividades recreativas es doble. De un lado, se manifiesta a la exigibilidad de licencia y la sujeción a los requisitos y límites fijados en la Ley 17/1997. Esto quizás no resulte tan novedoso como

parece, puesto que la mayor parte de estos locales se dedican paralelamente a otras actividades sujetas a licencia (por ejemplo, son también bares de copas y la actividad sexual se realiza en reservados). Sin embargo, existe una segunda consecuencia, que es precisamente la que ha dado lugar a los supuestos de hecho contemplados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en las Sentencias 658/2003 y 246/2005, y es que se podrían adoptar las medidas previstas en la Ley 17/1997 contra aquellos locales que no estén expresamente autorizados para el ejercicio de la prostitución. En este sentido, no hay que olvidar que, a tenor del Decreto 184/1998, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, las licencias municipales de funcionamiento otorgadas a locales o establecimientos deberán precisar *con exactitud* los espectáculos o actividades a que se vayan a dedicar (art. 5.1). Esto permitiría —sin duda— un mayor control sobre el ejercicio de la actividad, sobre todo si se acompañara con una normativa municipal del estilo de la bilbaína, que, con el objeto de mitigar las nocivas consecuencias que este tipo de actividades producen sobre la vida vecinal, dispersa los locales dedicados a la prostitución mediante la instauración de un sistema de distancias mínimas. Del mismo modo, contribuiría a eliminar aquellos negocios dedicados al ejercicio de dicha actividad en condiciones de clandestinidad.

Asimismo, hemos visto que, a tenor de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el control de las consecuencias derivadas del ejercicio de la prostitución puede realizarse desde la perspectiva medioambiental. En dicho sentido, la legislación madrileña no se diferencia genéricamente de la catalana, pues la Ley 2/2002, de 19 de junio, por la que se regula la Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, clasifica las actividades conforme a un equiparable sistema de *numerus apertus*, mencionando al respecto su Exposición de Motivos que sus Anexos «no agotan el ámbito de la prevención ambiental por el principio general de sometimiento a la evaluación ambiental de aquellas intervenciones que puedan producir efectos significativos sobre el medio ambiente». Dicho control se realizaría, en su caso, mediante la evaluación ambiental de actividades prevista en su Título IV. A este respecto, dicho procedimiento se aplicará, según su artículo 41, a las actividades incluidas en su Anexo, referido a las Actividades o proyectos con incidencia ambiental sometidos al procedimiento de evaluación ambiental de actividades de la Comunidad de Madrid, cuyo punto 26 afecta a las actividades referidas en el RAMINP, que, como sabemos, establece un sistema de *numerus apertus*.

Sírvase apreciar, en cualquier caso, la falta de vinculación de las actividades judiciales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid a las decisiones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuyas sentencias, en este punto, no alcanzan más que el valor de precedente orientativo.

VI

Pero las posibilidades de control del ejercicio de la prostitución no se agotan en la solución expuesta en el apartado anterior. Como hemos visto, el Ayuntamiento de

Bilbao, por medio de la Ordenanza Municipal de 12 de mayo de 1999, sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución, ha limitado su ejercicio desde la perspectiva urbanística y de salubridad, mediante la fijación de distancias mínimas entre locales y la contemplación de una serie de condiciones mínimas de carácter higiénico-sanitario en los habitáculos. Al respecto de la competencia para dictarla cabe decir, en primer lugar, que el ejercicio de la prostitución, por las consecuencias que le acompañan en forma de molestias vecinales, perjuicio estético de las ciudades, ruidos, atracción de actividades delictivas de incidencia preferentemente local, etcétera, afecta particularmente al ámbito de decisión municipal, en que han de darse respuesta a los problemas más cercanos al ciudadano en atención a las particularidades de cada pueblo o ciudad. Asimismo, la prostitución afecta a diversas competencias de los Municipios, particularmente las relacionadas con la ordenación urbanística, la seguridad y la salubridad.

Una normativa municipal centrada en aquellos aspectos en los que el Municipio tiene atribuidas competencias no puede ser equiparada a un salto en el vacío pese a la carencia de una regulación estatal y autonómica al respecto. En este sentido, la Ordenanza Municipal de Bilbao, no sólo no ha sido objeto de un pronunciamiento judicial desfavorable desde dicha perspectiva, sino que ha tenido benevolente acogida en la doctrina. En este sentido, REY MARTÍNEZ (REY MARTÍNEZ, Fernando, «La Prostitución ante el Derecho: problemas y perspectivas», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 2, año 2006, pp. 99 y 100) ha destacado que la normativa bilbaína sobre establecimientos públicos destinados a la prostitución se ancla en la competencia municipal sobre la política urbanística, de usos, considerando aceptable la regulación en los estrechos márgenes en que se mueve, teniendo en cuenta que, en nuestro Ordenamiento Jurídico, «*el ejercicio de la prostitución no es explícitamente ilícito*».

A más abundamiento, ha de resaltarse la propia concienciación del munícipe bilbaíno a la hora de dictar aquella Ordenanza, pues, como relata ARZUA ARRUGAETA (cit. p. 340), en sus trámites de preparación se evitó incluir la palabra reguladora en el título de la Ordenanza, «*para dejar claro que no se quiere reglamentar, y menos todavía de forma global, la práctica de la prostitución, sino, únicamente, restringir alguna de sus expresiones concretas*».

Y es que, si se miran las cosas con cierto detalle, una regulación restrictiva de la prostitución desde el punto de vista urbanístico, lejos de fomentar o aplaudir su uso, tolerado en la práctica por lo demás, lo limita a coordenadas en que la afección al orden y tranquilidad públicos de la ciudad quede mitigada.

VII

El ejercicio de la prostitución en locales públicos, por otra parte, ya sea objeto o no de regulación municipal específica, convive normalmente con otro tipo de activida-

des, que han de ejercerse con sujeción a los límites y requisitos establecidos legislativamente. Esta particularidad ha sido contemplada específicamente por las normas administrativas que hasta ahora han tratado de distinta manera el ejercicio de la prostitución. Así, la Ordenanza de Bilbao, en su artículo 3, establece su aplicación concurrente a cualquier otra normativa sectorial, y el artículo 4 de la Orden del Departamento de Presidencia de la Generalidad de Cataluña 335/2003, de 14 de julio, por la que se aprueba la Ordenanza Municipal tipo sobre locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, somete a las locales sujetos a su ámbito de aplicación a la Ley 10/1990, sobre Policía del espectáculo, las actividades recreativas y los establecimientos públicos, «*y al resto de normativa que les sea de aplicación*».

En particular, nos interesa detenernos sobre el más que común desarrollo de actividades relacionadas con la prostitución en los hoteles, hostales y pensiones. En la Comunidad de Madrid, la actividad de éstos, sujeta a control mediante licencia, se regula en la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo. Al respecto de la realización en las mismas de actos relacionados con el ejercicio de la prostitución, cabe hacer ciertas reflexiones.

En primer lugar, resulta difícilmente controlable, y hasta cierto punto inocuo, el caso aislado de la persona dedicada a la prostitución que utiliza ocasionalmente la habitación de un establecimiento hotelero con vistas a la *prestación de servicios*. Parece que, ante la falta de prohibición explícita de su ejercicio, tal acto quedará reservado al exclusivo ámbito de intimidad de los interesados.

Distinto es el caso del hotel que se dedica a ofrecer de modo sistemático sus habitaciones al ejercicio de la prostitución. Al respecto, cabe adoptar dos posturas de consecuencias antagónicas. La primera partiría de una perspectiva permisiva, de forma que se considerase que, no estando prohibida la prostitución, bastará con que el establecimiento hotelero reúna los requisitos exigibles al ejercicio de la actividad de hospedaje con indiferencia del uso que se dé a las habitaciones.

En nuestra opinión, esto es un punto de partida mínimo, sin perjuicio de que se adopte la segunda postura que luego diremos, de forma que, al menos, se asegure el cumplimiento de los requisitos establecidos para la actividad de alojamiento turístico. En este punto, hay que aclarar que, a los efectos de la aplicación de la Ley de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid no supone impedimento que la finalidad de prostitución no esté necesariamente relacionada con el turismo, pues aquella se aplica a los establecimientos que ofrecen alojamientos con indiferencia de que la habitación se use por turistas o por residentes habituales, e incluso se aplica a actividades dudosamente turísticas, como los establecimientos de restauración.

Ahora bien, en punto a restringir en la medida de lo posible la realización de la prostitución en dichos establecimientos, hay que significar que el Decreto 159/2003, de 10 de julio, de Establecimientos Hoteleros de la Comunidad de Madrid, establecía una importante limitación de indirecta aplicación al caso que contemplamos, al establecer en su artículo 17.1, que «*Salvo autorización expresa del órgano competente en materia*

de turismo, el precio de la un día de alojamiento se contará, salvo pacto en contrario, por días o jornadas que terminación a las doce del mediodía», añadiendo el segundo apartado del mismo precepto que «Asimismo, salvo autorización expresa del órgano competente en materia de turismo, los establecimientos de alojamiento turístico no podrán ocupar y facturar más de una vez por día o jornada cada habitación». No obstante, esta regla prohibitiva se modulaba en relación con los establecimientos hoteleros de 3, 4 y 15 estrellas que publicaran tarifas de uso diurno, que podían facturar la habitación más de una vez al día, previa comunicación al órgano competente en materia de turismo.

Ahora bien, la restricción a la ocupación de las habitaciones más de una vez al día fue suprimida sin mayor explicación que una genérica alusión a la necesidad de «homogeneizar el tratamiento jurídico establecido en relación con el régimen de precios y cómputo de jornada, de los alojamientos turísticos objeto de regulación», derogando igualmente la Orden 6576/2003, de 24 de julio, de la Consejería de Economía de Innovación Tecnológica, que regulaba el procedimiento para obtener la autorización prevista en el artículo 17.2 del Decreto 159/2003 con vistas a la ocupación diversas veces al día de las habitaciones de los correspondientes establecimientos.

Resulta de todo ello que la restricción anteriormente establecida ha desaparecido. Ante la falta de limitación expresa con respecto al número de ocupaciones al día de los establecimientos, parece que, de un lado, el principio de libertad de empresa, como, de otro, la voluntad tácita del legislador al derogar los apartados que restringían tal posibilidad, conduce a entender permitido facturar las habitaciones más de una vez al día. El remanente contenido actual del artículo 17 ha de entenderse como una manifestación de tal criterio permisivo, al permitir fijar el precio del alojamiento en unidades inferiores al día mediante pacto entre cliente y hotel.

Analizada esta cuestión, entramos a la segunda posibilidad interpretativa en relación con la eventual compatibilización del uso hotelero con el de prostitución. Y es que, si se considerase —como apunta el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en Sentencias ya examinadas y han estimado los dos precedentes, autonómico y local, analizados en el presente informe— que la prostitución constituye el ejercicio de una actividad económica en sí diferenciable de otras concomitantes como la hotelera o la hostelera, resultaría que el local autorizado para funcionar como establecimiento hotelero lo estaría haciendo también para el desarrollo de otra actividad, no autorizada, distinta de la de alojamiento. A esta solución podríamos llegar por dos vías distintas.

La primera enlazaría con las consideraciones ya expuestas en torno a la posibilidad de sujetar expresamente el ejercicio de la prostitución en locales o establecimientos públicos al otorgamiento de una licencia específica. En tal caso, parecería claro que, para dedicar el establecimiento hotelero a ambas actividades, se requeriría de una doble autorización.

La segunda vendría dada por el entendimiento de que la autorización para establecimiento hotelero faculta únicamente para la prestación del servicio de alojamiento y, en su caso, de los servicios complementarios correspondientes, pero no para la explo-

tación de una actividad distinta cual la consistente en la prostitución, de forma que, sin, necesidad de modificación normativa alguna, se entendería perseguible su ejercicio en aquellos establecimientos.

Esta tesis, desde nuestra perspectiva, se enfrentaría a varias dificultades. La primera, en relación con la dificultad de discernir si la prostitución podría considerarse actividad complementaria de la de alojamiento, dada la falta de concreción de este último concepto en la Ley autonómica. La segunda, por la propia dificultad de diferenciar aquellos supuestos en que la meretriz se convierta en cliente del hotel para ejercer su oficio en una habitación del mismo, de aquellas otras en que el titular del propio establecimiento hostelero ofrezca por sí mismo dichos servicios. Finalmente, es difícilmente previsible la interpretación judicial ante dicho supuesto, por la gran inercia derivada el generalizado pensamiento de que la prostitución, al no estar regulada ni prohibida, no es perseguible más allá de los supuestos de ilicitud penal.

En todo caso, el discernir si procede o no sustentar esta interpretación compete a la Administración Autonómica, a la que corresponden las facultades de otorgamiento de licencia (art. 21), de inspección (art. 49) y sancionadora (art. 68), de la actividad turística.

VIII

Queda por examinar el supuesto relativo al ejercicio del arraigado oficio en viviendas, claramente diferenciable del examinado hasta el momento, consistente en su desarrollo en locales o establecimientos públicos. En principio, las formas de reacción frente al mismo se consignan en normas privadas y se confían en nuestro Derecho a la iniciativa de los particulares.

Así, en primer lugar, la primera forma de control viene representada por la posibilidad de reacción del arrendador, en caso de que el arrendatario hubiese dedicado la vivienda o local arrendado al ejercicio de la prostitución. Al respecto, aquél puede procurar la resolución del contrato bien por no destinar la vivienda al uso pactado, dándole un uso distinto del de vivienda [Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25, de 3 de febrero de 2001, en relación con el artículo 27.2.f) de la Ley 24/1994, de Arrendamientos Urbanos], bien por la realización en la vivienda de actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas [art. 27.2.e) LAU, en relación con las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Santander, de 22 de febrero de 2003, de Guadalajara de 18 de junio de 2004 o de Murcia de 2 de junio de 2006, entre otras muchas].

Pero, junto a esta forma de reacción, existe una segunda que, no obstante una posible permisividad del arrendador frente al destino dado a la vivienda arrendada, permite a las Comunidades de Vecinos reaccionar frente a las molestias producidas por el ejercicio de la prostitución en una vivienda del edificio. Al respecto, el artículo 7.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, cuya redacción ha sido

sucesivamente modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, y por la disposición final primera de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, prohíbe al propietario u ocupante del piso o local desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

Para la eficacia de dicha interdicción se faculta al Presidente de la Comunidad de Propietarios a requerir la cesación de dicha actividad, pudiendo ejercitar una acción judicial a tal efecto conducente, previa autorización de la Junta de Propietarios si no obstante el requerimiento previo, el propietario u ocupante persistiera en su conducta. Su ejercicio faculta al Juez a disponer, en su caso y con carácter cautelar, la cesación inmediata de la actividad prohibida y, de estimarse la demanda, a acordar el cese definitivo de la actividad prohibida, la indemnización de daños y perjuicios, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años o, si el infractor fuera arrendatario, la extinción del contrato y el lanzamiento inmediato del mismo.

Existe una consolidada práctica de nuestros Juzgados y Tribunales del orden civil, en el sentido de considerar el ejercicio de la prostitución una actividad molesta a los comentados efectos del artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, sobre la base de la acreditación de la reiteración en molestias tales como la perturbación constante y continua del descanso nocturno, las confusiones a la hora de llamar a la vivienda en que se ejerce la actividad, el acaecimiento de altercados relacionados con su ejercicio, etcétera, que exceden en cualquier caso de las normales relaciones de vecindad. En tal sentido pueden consultarse, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de las Palmas de 15 de marzo de 1993, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10) de 9 de abril de 2002 y de 18 de febrero de 2005 y de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3) de 1 de diciembre de 2003 y 30 de abril de 2004.

La legitimación para el ejercicio de las acciones a disposición del arrendador y de la Comunidad de Propietarios, respectivamente, quedan reservadas a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, de conformidad con la regla general del artículo 10 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a la intervención posterior en el juicio, esto es, tras la interposición de la demanda por la parte legitimada, hay que tener en cuenta el artículo 13.1 de la misma Ley, que permite intervenir en un juicio —mientras esté pendiente— como demandantes o demandados, a quienes acrediten tener un interés directo o legítimo en el resultado del pleito.

Con dicha mención, el legislador ha dado carta de naturaleza a la denominada intervención adhesiva simple, que, previamente a su reconocimiento en la Ley 1/2000, venía siendo permitida por la jurisprudencia. La actuación producida en tal concepto tiene un carácter claramente accesorio de la parte principal, pues al que la promueva no le cabe promover el juicio, ha de aceptar con efectos preclusivos el resultado del proceso hasta el momento de su intervención y queda vinculado a la resolución del mismo, no sólo con la parte a cuyos fines coadyuvó, sino también en relación con la contraria (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1987).

La posibilidad de coadyuvar al éxito litigioso de la parte principal se puede producir en aquellos casos en que a un tercero le afecten los efectos de un pleito sustentado entre ajenos, por una simple conexión o porque la relación material les afecte con carácter prejudicial o indirecto (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996 y de 22 de abril de 1987, entre otras). La intervención voluntaria, a diferencia de la provocada, objeto del artículo 14, se rige por un principio de atipicidad, no siendo necesaria una mención expresa de la Ley para su procedencia en determinado proceso (Sentencia 147/2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14, de 29 de marzo). Sin embargo, como ha apuntado el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Santander de 21 de septiembre de 2004, el artículo 13.1 no faculta a una intervención en juicio so pretexto de un mero interés legítimo, sino que la sentencia que eventualmente recaiga ha de producir derechos en la esfera jurídica del tercero interesado. En el mismo sentido, la Sentencia 106/2004, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1, de 18 de marzo, o la 29/2004, de la Audiencia Provincial de Orense, de 30 de enero, que exige la invocación en el proceso por parte del tercero de un derecho que dependa en su existencia y contenido del debatido.

A juicio del Consejero Técnico que suscribe, la relación del Ayuntamiento de Madrid con los procedimientos judiciales en que eventualmente se discuta la cesación de actividades molestas a instancia de comunidades vecinales, no vincula un interés directo de dicha Administración, so pena de una interpretación excesiva y desquiciada de dicha posibilidad procesal. Ello no quiere decir que el Ayuntamiento de Madrid no pueda influir extraprocesalmente en la sustanciación de tales pleitos, al entender que existe un interés local reflejamente afectado, contribuyendo al ejercicio de acciones por vía convencional o de ayuda pública.

Del mismo modo, cabe apreciar que, en aquellos casos en que se destine una vivienda de un modo pseudo-profesional a ofrecer alojamiento a cambio de precio con vistas al ejercicio de la prostitución, se podría estar ejerciendo materialmente una actividad hotelera, lo que podría justificar la adopción de las medidas que la Ley 1/1999, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, anuda a su ejercicio cuando no se cuente con la licencia previa correspondiente.

